

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 25 de junio de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo, contra el anuncio y los pliegos del procedimiento para la adjudicación del “Contrato de servicios reservado a centros de empleo de iniciativa social, para dotar de auxiliares de información a los equipamientos adscritos al distrito de Retiro, a adjudicar por procedimiento abierto”, número de expediente 300/2020/00795, del Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 8 y 11 de mayo de 2021, respectivamente, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), la convocatoria pública del contrato de servicios de referencia, mediante licitación electrónica por procedimiento abierto con pluralidad de criterios. Los pliegos se publicaron en la PCSP el 13 de mayo de 2021. El valor estimado del contrato es de 3.300.839,72 euros, para un plazo de ejecución de 24 meses prorrogable hasta un máximo de 5 años.

El plazo de presentación de proposiciones finalizó el 28 de mayo de 2021, habiéndose presentado 8 licitadores, entre los que no se encuentra la recurrente.

Segundo.- Con fecha 28 de mayo de 2021, se ha recibido en este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación de la representación de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (en adelante CONACEE), contra el anuncio y los pliegos del procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios de referencia. La recurrente solicita la nulidad del procedimiento y la suspensión automática del procedimiento de licitación hasta la resolución del recurso.

Tercero.- El órgano de contratación ha remitido a este Tribunal, con fecha 10 de junio de 2021, el expediente de contratación y el preceptivo informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

El Ayuntamiento en su informe solicita la desestimación integral del recurso, dado que el órgano de contratación únicamente ha aplicado la disposición adicional 4ª de la LCSP, así como el desarrollo normativo en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid, configurado por la instrucción 3/2016 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la disposición adicional quinta del texto refundido de la ley de contratos del sector público, y sin efectuar pronunciamiento expreso sobre la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por CONACEE.

Cuarto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, de conformidad con lo

establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

Quinto.- Con fecha 18 de junio de 2021, este Tribunal adopta acuerdo sobre las medidas cautelares solicitadas, suspendiendo el procedimiento de adjudicación del contrato de servicios a partir del momento inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato, sin que el órgano de contratación pueda decidir sobre la misma hasta que este Tribunal haya resuelto sobre el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y en el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación de CONACEE para la interposición del recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP que prevé *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*, añadiendo expresamente que *“En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectado.”*, siendo la recurrente una asociación patronal sin ánimo de lucro que representa los intereses de sus asociados, Centros Especiales de Empleo (CEE) de todo el ámbito estatal y, por tanto, ostenta legitimación a efectos del presente recurso especial.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un procedimiento de licitación de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 euros, por lo que es susceptible de recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Cuarto.- La interposición del recurso se ha efectuado el 28 de mayo de 2021, dentro del plazo de 15 días hábiles establecido en el artículo 50.1.a) y b) de la LCSP, dado que los pliegos se han publicado en el perfil de contratante el 12 de mayo de 2021.

Quinto.- En relación al fondo del asunto resulta de interés en primer lugar transcribir los apartados 1.5 y 6, y 13 del Anexo I que regula las características del contrato del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP), que rige el servicio impugnado:

“1.5. Obligación de subrogación por norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general (artículo 130 LCSP): SI

El Anexo VIII al presente pliego, incluye la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación, al objeto de permitir una exacta evaluación de los costes laborales. Esta información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el artículo 130 LCSP.

1.6. Contrato reservado de conformidad con la D.A. 4ª LCSP:

Sí: a Centros Especiales de Empleo de Iniciativa Social.

(...)

13.- Habilitación empresarial. (Cláusulas 13 y 30).

Procede: Sí.

Los licitadores deberán aportar, en el sobre A, ‘documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos’, el certificado de su inscripción en el Registro Administrativo de Centros Especiales de Empleo, correspondiente a la Administración Central o a las distintas Comunidades Autónomas, así como una

declaración responsable poniendo de manifiesto la vigencia de los datos recogidos en la inscripción del registro, firmada por persona con poder bastante de la entidad para actuar en su nombre y representación.

En el caso de que el certificado de inscripción en el Registro no acredite la condición de Centro Especial de Empleo de iniciativa social, definido en el artículo 43.4 del Texto refundido de la Ley General de derechos de personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, el licitador deberá acreditar dicha condición a través de sus Estatutos, o en su caso, acuerdo social.

En el caso de que el licitador fuese una UTE, el carácter de Centro Especial de Empleo de iniciativa social debe concurrir en todas y cada una de las entidades que integren la UTE”.

Sexto.- La recurrente en su escrito de interposición impugna todos y cada uno de los pronunciamientos que, en el anuncio y los pliegos, hacen referencia expresa a la categoría de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social, alegando que dicha categoría creada por la LCSP está pendiente de decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por su eventual carácter vulnerador de los Tratados con menoscabo a las libertades básicas de establecimiento y prestación de servicios, habiéndose puesto en tela de juicio la posible incompatibilidad entre la D.A 4ª de la LCSP y el artículo 20 de la Directiva 2014/24/UE de 26 de febrero sobre Contratación Pública.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el Procedimiento Ordinario 626/2018, planteó una cuestión prejudicial sobre la adecuación o no de la transposición de la Directiva 2014/24/UE y la Disposición Adicional 4ª de la LCSP, hecho en el que CONACEE baso sus anteriores recursos, y recientemente se han publicado las conclusiones del Abogado General, hecho que considera nuevo y relevante para justificar el presente recurso, por considerar que confirman el carácter contrario a derecho de la artificiosa restricción incorporada en materia de contratos reservados, por medio de la creación de la categoría de CEE de iniciativa social.

En este sentido refiere diferentes conclusiones del Abogado General considerando claro que la expulsión del acceso a los contratos reservados de los CEE de iniciativa empresarial, operada por la LCSP, vulnera el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE, por no ser compatible con los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad e introducir una restricción artificial a la libre competencia, volviendo a citar la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2021 (asunto C-16/19).

En definitiva, la recurrente alega que existen serias dudas de Derecho sobre la procedencia de una licitación reservada conforme a la D.A. 4ª de la LCSP, pues puede resultar discriminatoria al emplear el requisito de *“Iniciativa Social”* con carácter excluyente frente a otros CEE, teniendo en cuenta que en breve el Tribunal Europeo se pronunciará sobre la transposición de la Directiva y la D.A. 4ª cuando resuelva la cuestión prejudicial del TSJ del País Vasco, planteada en julio de 2019. Asimismo, afirma que la D.A. 4ª y la D.F. 14ª de la LCSP no sólo son contrarias al derecho de la Unión Europea, sino que están provocando un efecto gravemente restrictivo de la competencia y perjuicios ilegítimos a esta Asociación, a sus miembros, y a los intereses públicos, con la introducción de una restricción artificial y desconectada de la libre competencia, debiendo permitir el acceso a la licitación a todos los CEE sin restricciones.

Por su parte el órgano de contratación informa que la Junta de Gobierno de la Ciudad de Madrid, mediante Acuerdo de 4 de febrero de 2016, estableció las directrices para la aplicación de la reserva del derecho a participar en la contratación municipal a los centros especiales de empleo y empresas de inserción, y por Decreto de 14 de septiembre de 2016 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, se aprobó la instrucción 3/2016 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la disposición adicional quinta del texto refundido de la ley de contratos del sector público, en el ámbito del Ayuntamiento de Madrid. Con posterioridad, la d.a. 4ª de la LCSP ampliaba dicha reserva a CEE de iniciativa social. En el ámbito del Ayuntamiento de

Madrid, continúa siendo de aplicación la instrucción 3/2016 interpretada según lo dispuesto en la LCSP.

El Ayuntamiento alega que no cabe oponer al recurso interpuesto nada más que el contenido de la Resolución 191/2021, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, incidiendo en que nos encontramos ante un mismo supuesto de hecho, siendo el objeto del contrato idéntico al que fue recurrido y desestimado con la única diferencia del ámbito territorial a aplicar en el contrato afectando en todos los casos a diversos Distritos de la ciudad de Madrid.

Concluye indicando que todavía no ha recaído resolución judicial, y que el derecho vigente lo constituye al día de la fecha la citada d.a. 4ª de la Ley, por lo que si el legislador ha configurado una característica determinada respecto de los CEE para que sean de *“iniciativa social”*, poco puede añadir el órgano de contratación, existiendo además un mandato interno del Ayuntamiento de Madrid que obliga a dicha reserva.

Este Tribunal en primer lugar ha de recordar a la recurrente que, conforme a lo dispuesto en el artículo 59 de la LCSP al regular los efectos de la resolución del recurso especial, las resoluciones de este Tribunal son directamente ejecutivas y contra ellas solo cabe interponer recurso contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en los artículos 10 y 11 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin que proceda la revisión de oficio de la resolución ni de ninguno de los actos dictados por los órganos competentes para la resolución del recurso, por lo que carecen de sentido y virtualidad las manifestaciones de CONACEE mostrando su discrepancia con las dos anteriores resoluciones desestimatorias de este Tribunal números 368/2018 de 28 de noviembre y 191/2021 de 29 de abril, emitidas contra sendas impugnaciones que efectuó con anterioridad contra dos licitaciones de iguales características de otros distritos del Ayuntamiento de Madrid.

La Disposición adicional cuarta de la LCSP al regular los contratos reservados dispone en su apartado 1 que *“Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de los mismos a Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100”*.

Asimismo, la disposición final decimocuarta de la LCSP añade un apartado 4 al artículo 43 del texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre indicando que *“Tendrán la consideración de Centros Especiales de Empleo de iniciativa social aquellos que cumpliendo los requisitos que se establecen en los apartados 1.º y 2.º de este artículo son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o privadas, que no tengan ánimo de lucro o que tengan reconocido su carácter social en sus Estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las que la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien*

indirecta a través del concepto de sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de Comercio, y siempre que en todos los casos en sus Estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para creación de oportunidades de empleo para personas con discapacidad y la mejora continua de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social”.

Se comprueba que la convocatoria y los pliegos impugnados cumplen con lo dispuesto en la normativa de aplicación de contratos reservados prevista en las disposiciones adicional cuarta y final decimocuarta de la LCSP y en la instrucción municipal de desarrollo 1/2019 sobre los criterios de actuación para la aplicación de la reserva de contratos prevista en la disposición adicional cuarta de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, aprobada por Decreto de 31 de enero de 2019 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda, sin que sean determinantes para modificar el criterio del Tribunal las conclusiones del Abogado General, teniendo en cuenta que compete al TJUE y no a este Tribunal decidir sobre si la transposición de una directiva es o no incorrecta.

Por otra parte las conclusiones del Abogado General se refieren en varias ocasiones al tribunal remitente como el competente para comprobar si los centros especiales de empleo de iniciativa «empresarial» y los de iniciativa social se hallan en situaciones similares o comparables y, en tal caso, si la diferencia de trato está objetivamente justificada y sí existe intención de favorecer o perjudicar indebidamente. Sin perjuicio de las conclusiones aludidas por la recurrente relativas a que los requisitos adicionales de la legislación nacional que, según mantiene pueden definir los Estados miembros a lo dispuesto en el artículo 20, han de satisfacer los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, sin restringir artificialmente la competencia incluidos en el artículo 18 de la Directiva 2014/24.

Igualmente nos remitirnos a las consideraciones de nuestras anteriores Resoluciones 368/2018 y 191/2021, por no considerar necesario transcribir textualmente su argumentación Asimismo reiteramos que la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2021, en el ámbito laboral, relativa a la discriminación por el abono de un complemento salarial a los trabajadores discapacitados que hayan presentado su certificado de discapacidad después de una fecha elegida por un empresario, y no a los trabajadores discapacitados que hubieran presentado dicho certificado antes de esa fecha, no aplica al presente supuesto.

Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso interpuesto por CONACEE contra la convocatoria de licitación y los apartados 1 y 13 del Anexo I del PCAP por quedar acreditado que cumple con la legislación vigente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo, contra el anuncio y los pliegos del procedimiento para la adjudicación del “Contrato de servicios reservado a centros de empleo de iniciativa social, para dotar de auxiliares de información a los equipamientos adscritos al distrito de Retiro, a adjudicar por procedimiento abierto”, número de expediente 300/2020/00795, del Ayuntamiento de Madrid.

Segundo.- Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe y no procede la

imposición de multa, conforme a lo dispuesto en el artículo 58.2 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión del procedimiento de contratación del contrato que fue acordada por este Tribunal el 18 de junio de 2021, conforme a lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.